Boletín N° 13.571-07

Proyecto de reforma constitucional, iniciado en moción de los Honorables Senadores señor Bianchi, señora Provoste y señor Araya, sobre derecho de propiedad, con relación al retiro de fondos previsionales.

1. **Introducción.**

Nuestro sistema privado de pensiones se encuentra hoy en día en crisis. Parte importante de las razones de la crisis del sistema previsional, se vincula a las múltiples debilidades y carencias del sistema establecido en el Decreto Ley 3.500, y que no ha podido cumplir con el objetivo para el cual fue impuesto: entregar pensiones dignas a cada habitante de nuestro país.

Durante los últimos 40 años, nuestro sistema de pensiones basado en la capitalización individual y administrado por entidades privadas ha mantenido prácticamente intactos sus pilares fundamentales, de acuerdo con el modelo establecido a partir del Decreto Ley 3.500 del año 1980. Lo anterior, sin embargo, no obsta a reconocer que han existido correcciones, con funciones y lógicas distintas, que han procurado enfrentar parte importante de los vacíos y debilidades del sistema. Sin perjuicio de las críticas al modelo impuesto durante la dictadura cívico-militar, críticas que sin duda compartimos, es preciso señalar que mientras ese modelo no haya sido reemplazado, es obligación del legislador el introducir correcciones al mismo, que permitan aseguran el debido funcionamiento del sistema vigente el cual se funda en la propiedad de los dineros de cada uno de los cotizantes de los montos que están en su sus cuentas de capitalización individual y su debida administración por parte de las AFPs, bajo el principio de transparencia.

2. **Sobre la vinculación entre el sistema previsional y el derecho de propiedad y los fundamentos para la modificación de normas vinculadas al derecho de propiedad.**

La presente propuesta de reforma establece una modificación de la norma que consagra el derecho constitucional a la propiedad, regulándose determinadas condiciones bajo las cuales puede ejercerse el derecho a la propiedad sobre los fondos previsionales. Lo anterior es coherente con un conjunto de disposiciones legales que existen en nuestro ordenamiento jurídico, que dan cuenta de la naturaleza jurídica del derecho que tienen los afiliados sobre los fondos previsionales depositados en sus cuentas individuales en el sistema de capitalización individual.

En este sentido, son precisamente los artículos 20 H y 33 del Decreto Ley (en adelante DL) 3500, los que consagran de forma expresa e inequívoca la propiedad que tiene cada uno de los afiliados sobre los fondos previsionales depositados en sus cuentas individuales.

Así, el artículo 20 H) del D.L. 3.500 establece lo siguiente:

"Los aportes que efectúen empleador y trabajador, se depositarán en una cuenta individual, que se abrirá en una Administradora de Fondos de Pensiones o en alguna de las Instituciones Autorizadas, de acuerdo a lo especificado en el contrato. Dichas entidades deberán registrar separadamente en la cuenta de

capitalización individual del trabajador los aportes efectuados por éste y por su empleador.

***Los recursos originados en los aportes efectuados por el trabajador <u>serán siempre de su propiedad</u>. Por su parte, los recursos originados en los aportes efectuados por el empleador <u>serán de propiedad del trabajador</u> una vez que se cumplan las condiciones establecidas en el contrato respectivo**. De esta forma, si el contrato de ahorro establece un período mínimo de permanencia en la empresa, para que los aportes del empleador sean definitivamente de propiedad del trabajador, se requerirá que éste cumpla íntegramente dicho período o que se configure algunas de las causales establecidas expresamente en el contrato para ello. Con todo, si el contrato de trabajo terminase por las causales establecidas en los artículos 161 o 163 bis del Código del Trabajo, los aportes del empleador pasarán a ser de propiedad del trabajador. Si el trabajador no adquiere la propiedad de los recursos originados en aportes efectuados por el empleador, éste deberá retirar dichos recursos, de acuerdo al procedimiento que determine la norma de carácter general a que se refiere el artículo 20 G (…)".*

Por su parte, el artículo 33 del D.L. 3.500 establece lo siguiente:

"*Cada Fondo de Pensiones es un patrimonio independiente y diverso del patrimonio de la Administradora, **sin que ésta tenga dominio sobre aquellos**. Cada **Fondo de Pensiones estará constituido por las cotizaciones y aportes establecidos en los artículos 17, 20, 21 y 53**, los Bonos de Reconocimiento y sus complementos que se hubieren hecho efectivos, sus inversiones y las rentabilidades de éstas, deducidas las comisiones de la Administradora*."

Por su parte, el artículo 20 del DL 3.500 del referido cuerpo normativo, en su inciso primero, dispone que:

"*Artículo 20.- Cada trabajador podrá efectuar cotizaciones voluntarias **en su cuenta de capitalización individual**, en cualquier fondo de la administradora en la que se encuentra afiliado o depósitos de ahorro previsional voluntario en los planes de ahorro previsional voluntario autorizados por las superintendencias de Bancos e Instituciones Financieras o de Valores y Seguros, según corresponda, que ofrezcan los bancos e instituciones financieras, las administradoras de fondos mutuos, las compañías de seguros de vida, las administradoras de fondos de inversión y las administradoras de fondos para la vivienda* (…)" [el énfasis es nuestro].

Ahora bien, debe recalcarse que, conforme se encuentra reconocido en el referido artículo 33 del cuerpo legal citado, las AFP no tienen dominio sobre cada uno de los Fondos de Pensiones. El citado artículo 20 reafirma la idea de que los afiliados poseen una cuenta individual, que forma parte de su patrimonio, al establecer expresamente que los trabajadores podrán efectuar cotizaciones voluntarias en su cuenta de capitalización individual. En tal sentido, la cuenta de capitalización no es de propiedad de la Administradora, sino del afiliado,

ejerciendo la Administradora, precisamente, funciones vinculadas a la gestión de un patrimonio ajeno.

Esto es especialmente relevante, toda vez que no teniendo las Administradoras el dominio de los dineros comprendidos dentro de dicho fondo, y no correspondiendo dicha propiedad al Estado, **sólo pueden ser propietarios los afiliados**, de acuerdo al conjunto de disposiciones señaladas, de forma que las condiciones para el ejercicio de dicho derecho de propiedad, pueden ser establecidas en el estatuto constitucional de protección a la propiedad.

En este mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, reconociendo el derecho de propiedad privativo del cotizante sobre sus cotizaciones. Por citar un caso reciente, en causa rol 7442-2019, en causa sobre inaplicabilidad por inconstitucionalidad de algunos artículos del D.L. Nº 3.500, ha señalado:

"TRIGESIMOSEXTO: Que, desde esta perspectiva, los recursos que forman la cotización y que, por ello, deben incorporarse a la cuenta de capitalización individual, que es administrada por la Administradora de Fondos de Pensiones que determina el trabajador -junto con los que sean producto de la rentabilidad que produzca la inversión de tales dineros-, son de su propiedad, desde que provienen de su remuneración, de la que se extraen para cubrir la contingencia derivada de la vejez, invalidez o sobrevivencia, según sea el caso.

TRIGESIMOSEPTIMO: Que, la circunstancia que esos dineros sean enterados en la cuenta que el afiliado mantiene en la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones, tendiente a garantizar el derecho a la seguridad social cuando sobrevenga alguna de aquellas tres contingencias, no altera la naturaleza del vínculo con su cotización ni con los fondos acumulados en su cuenta de capitalización individual, en cuanto a que, desde la perspectiva constitucional, se trata de una relación de dominio que se garantiza mediante el derecho de propiedad asegurado en el numeral 24°.

Así, en su calidad de dueño de los fondos previsionales acumulados, el DL. N° 3.500 reconoce al afiliado una serie de derechos, entre otros, el de poder transferirlos a otra Administradora, elegir el nivel de riesgo que quiere asumir en sus inversiones y decidir efectuar aportes voluntarios en forma individual o colectiva.".

En general, toda aproximación al estudio de la regulación de la propiedad, debe dar cuenta que el desarrollo del derecho de dominio se ha caracterizado por la convivencia de dos perspectivas del mismo problema. La primera, vinculada a la esfera del titular del derecho de goce y disposición, con las solas limitaciones (externas) que el interés común le imponga. Por su parte, la segunda, en el lugar de los intereses colectivos o comunitarios para, sin desconocer los del titular del derecho, sostener la primacía de los mismos y reducir la libertad del propietario al espacio residual resultante. La presente reforma constitucional persigue conciliar estos dos ámbitos vinculados al derecho de propiedad.

En este sentido, el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, establece, en su inciso primero, "*el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales*". El derecho de propiedad en sus *diversas especies* no puede sino estar haciendo mención a las especies de propiedad prevista en los artículos 582, 583 y 584 del Código Civil: la propiedad sobre una cosa corporal, o dominio, la propiedad sobre cosas incorporales, o titularidad de derechos personales y reales; y la propiedad sobre las producciones del talento o del ingenio, aunque esta última tenga una garantía especial. Dentro del dominio constitucionalmente protegido en sus diversas especies, deberá entenderse, entonces, el dominio que el DL 3.500 consagra sobre los fondos previsionales.

Por su parte, la misma Constitución establece que "*sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella…".* En este sentido, la esencia del derecho de propiedad se vincula al ejercicio de las facultades del propietario, que en el caso de cosas incorporales será ejercido sobre el derecho a disponer de sus derechos.

Son precisamente las limitaciones derivadas de la regulación del derecho de propiedad, las que justifican la norma propuesta, que reconoce la facultad del legislador de regular el ejercicio del derecho de propiedad sobre los fondos previsionales, dentro de las limitaciones derivadas de la función social.

Así, actualmente nuestra Carta Fundamental dispone en el referido artículo 19 n° 24 que: "*solo la ley puede establecer (…) las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental*."

Continuando con lo razonado en el fallo del Tribunal Constitucional antes citado, se ha reconocido esta especial clase de propiedad, al señalar: "TRIGESIMOCTAVO: Que, sin embargo, el dominio de que goza el afiliado respecto de los fondos previsionales que administran las AFP, constituye "una propiedad que ha nacido afectada a una finalidad específica: generar pensiones. El afiliado sólo puede usarla con ese fin" Rol 333, c. 9°), es decir, ellos constituyen "un patrimonio de afectación" (Rol 219, c. 39°).

Por lo anterior, el afiliado sólo podrá acceder a los fondos acumulados en su cuenta de capitalización cuando cumpla con los requisitos que establece la ley, los cuales dicen relación con que se haya verificado respecto de él uno de los estados de necesidad que deben ser cubiertos con dichos fondos, como son los de vejez, invalidez y sobrevivencia a que se refiere el DL. N° 3.500.

Ello sucede así porque tales fondos están sujetos a un modo, por cuanto tienen como finalidad específica e inmodificable financiar la respectiva pensión, lo cual no se contrapone con el derecho de propiedad, sino que, por esta circunstancia, nos encontramos aquí con una "especie de propiedad", de aquellas que el legislador puede configurar, según dispone el propio numeral 24° del artículo 19 de la Carta Fundamental.".

Por tanto, es el mismo Constituyente el que establece que el legislador se encuentra habilitado para establecer limitaciones derivadas de la función social. Lo anterior presupone que, precisamente, los intereses generales de la nación vinculadas a la seguridad social, pueden autorizar limitaciones y obligaciones al derecho de propiedad derivadas de su función social. Ciertamente, esto es también aplicable al dominio sobre los fondos previsionales, sobre el cuál se pueden establecer limitaciones. Pero, lo fundamental, es que nunca estas limitaciones podrán afectar su esencia, impidiendo de forma absoluta su ejercicio de propiedad. Hoy en día, no existiendo norma constitucional explícita al respecto, y sólo centrándonos en los términos consagrados por el DL. 3.500, no se encuentra reconocida expresamente la posibilidad de ejercer el derecho de propiedad, aun con limitaciones, sobre los fondos previsionales. Al contrario, hoy en día, el afiliado no está habilitado expresamente para disponer libremente de sus fondos previsionales, a pesar de que forman parte de su derecho de propiedad. La reforma constitucional propuesta persigue enfrentar este problema.

3. La coyuntura actual que justifica, especialmente, el establecimiento de normas a nivel constitucional.

Actualmente, el brote de coronavirus, COVID-19, ha traído una crisis humanitaria y sanitaria sin precedentes. Los efectos económicos del mismo han traído repercusiones en todo el mundo, obligando a los Estados de aquellos países que han sufrido altos contagios, a establecer reglas y sistemas que buscan hacer frente a los efectos devastadores que tendrá esta pandemia para el sistema económico y social. En nuestro país, esto es aún más grave y determinante, en lo que se refiere a nuestro sistema de pensiones, donde los afiliados, a pesar de tener el dominio sobre una cuenta que ha sido constituida en base al fruto de su capitalización individual, se encuentran impedidos de realizar retiro alguno, incluso en condiciones humanitarias como las que existen el día de hoy, donde muchos habitantes de nuestro país están sufriendo las consecuencias económicas derivadas de la actual situación sanitaria.

No es posible que la subsistencia económica de los trabajadores de nuestro país esté determinada por la imposibilidad de ejercer su derecho de propiedad, especialmente cuando más lo necesitan. Un trabajador que ha sido responsable cotizando periódica y sistemáticamente, sin interrupciones, sufrirá, de todas maneras, las consecuencias económicas que se derivarán de la grave crisis en la que se encuentra nuestro país, no pudiendo esperar a la restitución de sus fondos una vez llegada la edad de jubilación, precisamente porque hoy en día existe una necesidad imperiosa para disponer total o parcialmente de estos fondos.

Precisamente los límites derivados del fin social de la propiedad, permiten que, por una parte, se establezcan restricciones al ejercicio del derecho de propiedad vinculadas al ejercicio del mismo, pero bajo el límite constitucional de que no puede afectase la esencia del derecho fundamental. En concordancia con lo anterior, el primer inciso de la norma constitucional propuesta tiene por

objeto consagrar a nivel constitucional el derecho constitucional a la propiedad sobre los fondos contenidos en la cuenta de capitalización individual, no pudiendo estar restringido de forma absoluta el ejercicio del mismo, durante el período en el cual el afiliado no ha llegado a su edad de jubilación. Más aún, es concordante con la regulación constitucional que el ejercicio de ese derecho fundamental, aún cuando se encuentre sujeto a límites, sea previsto por la Carta Fundamental.

Por otra parte, el inciso segundo de la norma constitucional propuesta, tiene por objeto consagrar que, en condiciones excepcionales y frente a catástrofes o emergencias, se autorice un nuevo retiro de fondos previsionales, con obligación de reintegro. En tal sentido, le corresponde a la Carta Fundamental el establecer las restricciones y condiciones en virtud de las cuales se ejercerá el derecho constitucional de propiedad vinculado al dominio sobre los fondos previsionales, respetándose la reserva legal, para que sea el legislador quien determine las condiciones, límites, proporciones y mecanismos a través de los cuales se restituirá total o parcialmente fondos previsionales a los afiliados, y se establecerán normas sobre su reintegro en situaciones de excepción constitucional de catástrofe.

En definitiva, la regulación de las materias señaladas se justifica orgánicamente como reforma constitucional, ya que se trata de especificar su ejercicio respecto del derecho de propiedad con sagrado en el artículo 24 de la Carta Fundamental, establecimiento una norma especial además en relación a los estados de catástrofes cuya consagración también se encuentra, dentro del estado de excepción, en la Constitución. Así las cosas, contar con una norma de rango constitucional sobre esta materia dilucidar las diversas interpretaciones que existen hoy sobre este punto, no porque hoy sea necesariamente inconstitucional la posibilidad de que se regule por ley el que cada afiliado retire fondos de sus cuestas de capitalización individual, sino porque es necesario que como Congreso Nacional disipemos toda duda, siendo lo más adecuado hacerlo a través de una reforma a nuestra Carta Fundamental

En base a todo lo anterior, se propone el actual proyecto de reforma constitucional.

PROYECTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

“Artículo único. - Modifíquese el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, agregándose los siguientes incisos duodécimo y decimotercero, del siguiente tenor:

“En materia previsional, el afiliado podrá disponer de todo o parte de sus fondos previsionales, en la forma que establezca la ley, incluso antes de llegar a su edad de jubilación.

Sin perjuicio de lo anterior, en aquellos casos en que se haya decretado un estado de excepción constitucional de catástrofe, de

***conformidad al artículo 41, los afiliados podrán retirar hasta un 10% de sus fondos previsionales, debiendo reintegrarlos posteriormente. La ley establecerá el mecanismo a través del cual los afiliados o el Estado deberán reintegrar dichos fondos, una vez cesado el estado de excepción constitucional de catástrofe*.”**